MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SOYKIRIM KONUSUNA İLİŞKİN KARARLARI

Doç. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ve Ek Protokollerinin kapsamına girmemesine rağmen, birçok durumda, soykırım dâhil olmak üzere, uluslararası suçların önlenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin konularla bağlantılı sorunları incelemek durumunda kalmıştır.[1]

Bu çalışmada özellikle AİHM'nin 15 Ekim 2015 tarihinde başvurucu lehine sonuçlanan Perinçek Kararı (Büyük Daire) ve tartışma konusuyla bağlantılı olduğu ölçüde, anılan kararda yer alan hususları destekleyen veya açıklayan diğer kararları ele alınacaktır.

I. Perinçek Kararı

A. Olay ve Yargılama Süreci

Başvurucu Doğu Perinçek hakkında, İsviçre'de katıldığı üç ayrı toplantıda (7 Mayıs 2005'te Lozan'da, 22 Temmuz 2005'te Opfikon'da ve 18 Eylül 2005'te Köniz'de) yaptığı konuşmalarda, 1915 ve sonrasında Osmanlı İmparatorluğunca Ermenilere karşı yapıldığı ileri sürülen soykırımın varlığını kamu önünde inkâr ettiği gerekçesiyle, ceza davası açılmış ve başvurucu yargılanmıştır.[2] Söz konusu dava, ilk konuşmasından[3] sonra,15 Temmuz 2005'te İsviçre-Ermenistan Derneğinin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Örneğin bkz. CASE OF MARGUŠ v. CROATIA, GC (Application no. 4455/10) 27 May 2014; CASE OF KONONOV v. LATVIA, (Application no. 36376/04) GC, 17 Mayıs 2010, CASE OF JORGIC v. GERMANY, (Application no. 74613/01), 12.10.2007, Soykırım konusuna ilişkin olarak bkz. CASE OF VASILIAUSKAS v. LITHUANIA, (Application no. 35343/05) GC, 20 October 2015, passim.

2 Hüseyin Pazarcı, "Perinçek (İsviçre'ye Karşı) Davası (AİHM, 17 Aralık 2013)", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s. 29.

3 AİHM, Perinçek 2013. Kararın gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz. "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.149-234; "Başvuran, 7 Mayıs, 22 Temmuz ve 18 Eylül 2005 tarihlerinde sırasıyla Lozan, (Vaud Kantonu), Opfikon

mahkemeye başvurması üzerine açılmıştır. Davaya birinci derece mahkemesi olarak bakan Lozan Polis Mahkemesi, 9 Mart 2007'de, Perinçek'i İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, ırkçı ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle suçlu bulmuştur.[4]

Yargılama sürecinin devamında bir üst derece mahkemesi olarak Vaud Kantonal Mahkemesi, Perinçek'in itirazı üzerine yaptığı değerlendirmede, 13 Haziran 2007'de ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulmuştur. Perinçek'in bu karara karşı başvurusu ise Federal Mahkeme tarafından değerlendirilerek 12 Aralık 2007'de reddedilmiştir. Başvurucu bu kararın kesinleşmesini takiben 19 Haziran 2006'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur.[5] AİHM'nin yedi hakimden oluşan bir Dairesi 17 Aralık 2013'te kararını vermiştir.[6] Bu kararda Daire, başvurucunun ifade hürriyetinin ihlal edilmiş olduğuna dair iddiasının AİHS'nin 10'uncu maddesi altında incelenmesine oybirliğiyle ve bu maddenin ihlal edilmiş olduğuna 5'e karşı 2 oyla karar vermiştir.[7] 17 Mart 2014'te İsviçre Hükümeti, AİHS'nin 43'üncü maddesine istinaden davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmiş ve bu talep 2 Haziran 2014'te kabul edilmiştir.[8] Başvurucu ve İsviçre

---

(Zürih Kantonu) ve Köniz'de (Bern Kantonu) farklı konferanslara katılmış ve bu konferanslar sırasında, 1915 yılında ve izleyen yıllarda Osmanlı İmparatorluğu tarafından Ermeni halkına karşı işlenen her türlü soykırımın varlığını aleni bir şekilde reddetmiştir. Ermeni soykırımı fikrini de [emperyalistlerce dile getirilen] "uluslararası yalan" olarak nitelendirmiştir. Başvuranın söylemleri farklı bağlamlarda gerçekleşmiştir: Başvuran, Lozan'da düzenlenen bir basın toplantısı sırasında (Türkçe olarak), 1923 Lozan Antlaşması'nın yıldönümü çerçevesinde düzenlenen bir konferans sırasında Opfikon'da ve partisinin toplantısı vesilesiyle Köniz'de konuşma yapmıştır.", bkz. Anılan çeviri, s. 151.

4 Mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil eden söz konusu madde şu şekildedir:
"**Bir ırk, bir etnik köken ya da bir dine mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba karşı nefreti ya da ayrımcılığı kamu önünde körükleyen kişi**; Bir ırkın, etnik kökenin ya da dinin üyelerini aşağılayan ya da sistematik bir biçimde gözden düşürmeye çalışan bir ideolojiyi kamuya yayan kişi; Aynı niyetle propaganda eylemleri düzenleyen ya da özendiren ya da bu eylemlerde yer alan kişi; Bir kişi ya da grubu ırk, etnik mensubiyet ya da dini nedeniyle, kamu önünde söz, yazı, imge, davranış**, zor kullanma yolları ya da başka herhangi bir yolla insan onuruna zarar verecek biçimde aşağılayan ya da ayrım gözeten ya da aynı nedenle soykırımı ya da insanlığa karşı başka suçları inkâr eden, kabaca küçülten ya da haklı göstermeye çalışan kişi**; ırk, etnik köken ya da dinsel mensubiyetleri nedeniyle bir kişi ya da gruba kamunun kullanımına açık bir hizmeti reddeden kişi, en çok üç yıllık özgürlüğü kısıtlama cezası ya da para cezası ile cezalandırılır." Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Ibid. s. 30. Vurgu bu tebliğin yazarına aittir.

5 Ibid. s. 29.

6 AİHM, CASE OF PERİNÇEK v. SWITZERLAND,(Application no. 27510/08), 17 December 2013.

7 Kararın incelemesine ilişkin bkz. Ibid. Ayrıca bkz. Yaşar Yakış, '' Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı ve Bu Kararın Yansımaları", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.7-25. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s.149-234.

8 AİHM, CASE OF PERİNÇEK v. SWITZERLAND (Application no. 27510/08) Büyük Daire, 15 October 2015, para. 4.

Hükümetinin yazılı mütalaalarına ilaveten Büyük Daire üçüncü-taraf görüşlerini de kabul etmiştir. Türk Hükümetinin davaya müdahale hakkı Sözleşmenin 36/1 maddesi ve AİHM'nin usul kurallarının 44/1/b maddesi altında kullanılırken, diğer üçüncü taraflara da Mahkemece izin verildiği gözlemlenebilir. Bu kapsamda Fransa ve Ermenistan Hükümetleri Sözleşmenin 36/2 maddesi ve AİHM'nin usul kurallarının 44/3 maddesi altında yazılı mütalaalarını iletirken bir grup hükümet-dışı kuruluşa[9] da benzer bir imkân tanınmıştır.

Büyük Daire kararı, İsviçre mahkemeleri önündeki yargılama sürecinin, AİHM Daire kararının ve Büyük Daire sürecine tüm tarafların katılımlarının değerlendirmesini içerecek şekilde 15 Ekim 2015 tarihinde verilmiştir. Büyük Daire, özetle, 7'ye karşı 10 oyla AİHS'nin 10'uncu maddesinin ihlalinin bulunduğuna; 4'e karşı 13 oyla AİHS'nin 17'nci maddesinin uygulanmasına yer bulunmadığına ve 1'e karşı 16 oyla ayrıca 7'nci madde altında bu başvurunun incelenmesi gerekmediğine karar vermiştir.

B. Büyük Daire Kararı

Mahkeme öncelikle kendisinin yetkisinin AİHS ve ek protokolleri altında kurulmuş olduğunu ve Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Uluslararası Adalet Divanı gibi Soykırım Sözleşmesi veya diğer antlaşmalar altında cezai veya diğer herhangi bir yetkiye sahip olmadığını hatırlatarak incelemesine başlamıştır. (para. 101) Bu kapsamda daha önce Daire'nin yaptığı gibi (2013, para. 111) Büyük Daire de bu kararın, Ermenilerin Osmanlı İmparatorluğu'nda 1915 ve sonrası maruz kaldığı muamelenin (*"massacres and mass deportations"*) uluslararası hukukun tanımı altında soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirlemek durumunda olmadığı gibi, herhangi bir doğrultuda hukuki yönden bağlayıcı açıklamalar yapmaya yetkisi de bulunmadığını bildirmiştir (para. 102).

9 (a) İsviçre-Ermenistan Derneği (the Switzerland-Armenia Association); (b) Fransızca-konuşan İsviçre'nin Türk Dernekleri Federasyonu (the Federation of the Turkish Associations of French-speaking Switzerland); (c) Fransa'daki Ermeni Örgütleri Eşgüdüm Konseyi (the Coordinating Council of the Armenian Organisations in France - CCAF); (d) Türk İnsan Hakları Derneği, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi ve Soykırım ve İnsan Hakları Çalışmaları Uluslararası Enstitüsü (the Turkish Human Rights Association, the Truth Justice Memory Centre and the International Institute for Genocide and Human Rights Studies); (e) İnsan Hakları Uluslararası Federasyonu (the International Federation for Human Rights - FIDH); (f) Anti-Semitizim ve Irkçılığa karşı Uluslararası Lig – (the International League against Racism and Anti-Semitism - LICRA); (g) Uluslararası Koruma Merkezi (the Centre for International Protection); ve (h) bir grup Fransız ve Belçikalı akademisyen. AİHM, 2015, Büyük Daire, para. 7.

AİHM, tarafların savları çerçevesinde incelemesini Sözleşme'nin 7'nci, 10'uncu, 16'ncı ve 17'nci maddeleri altında gerçekleştirmiştir. Bu doğrultuda karara konu olan asıl değerlendirmelerin ifade özgürlüğüne ilişkin 10'uncu madde altında yapıldığı gözlemlenebilir.

1. Sözleşmenin 7'nci, 16'ncı ve 17'nci Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler

Sözleşme'nin 7'nci Maddesi, suç ve cezanın kanuniliği ilkesini ifade etmektedir. Başvurucunun cezalandırılmasına esas teşkil eden yasal düzenleme, öngörülebilirlik yönünden 10'uncu Madde altında ayrıntısıyla incelendiğinden, Mahkeme 7'inci Madde altında ayrıca bir incelemeye gerek görmemiştir (para. 289).

Diğer yandan, İsviçre Hükümeti, başvurucu bir yabancı olduğundan (vatandaş olmadığından) dolayı ifade hürriyetine müdahalenin Sözleşme'nin 16'ncı maddesi altında haklı olduğunu ileri sürmüştür (para. 118). "Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması" başlığını taşıyan bu maddeye göre, taraf Devletlerin yabancıların siyasal etkinliklerine kısıtlama getirmeleri yasaklanmamıştır. Mahkemenin bu maddeyi değerlendirdiği tek dava Piermont/Fransa (27 Nisan 1995) kararıdır. Söz konusu karara konu olan olayda Avrupa Parlamentosunun Alman bir mensubu olan Bayan Piermont, yaptığı bir konuşmadan ötürü Fransız Polonezyasından sınırdışı edilmiştir. Mahkeme bu olaya ilişkin değerlendirmesinde, başvurucunun bir diğer Avrupa Birliği üyesi vatandaşı ve Avrupa Parlamentosu mensubu olmasından ötürü 16'ncı madde uygulanarak "yabancı" kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (para. 120). Burada olay benzer olmamakla birlikte Mahkeme bu olaya 16'ncı maddenin uygulanamayacağını düşünmektedir. Zira, Piermont'a ilişkin olarak Komisyon da 16'ncı maddenin uluslararası hukukun modası geçmiş bir anlayışını yansıttığını ifade etmiştir. Bu madde, Mahkemece uygulanmadığı gibi bilakis, Cox Kararında, 10'uncu Maddenin 1'inci fıkrası altında korunan ifade hürriyetinin, sınırlar dikkate alınmaksızın güvence altına alındığı ve bu hakkın kullanılması açısından vatandaş ile yabancı arasında bir ayrım gözetilemeyeceği bildirilmiştir (para. 121). Ayrıca Sözleşme'de korunan haklara müdahaleyi öngören hükümler dar yorumlanmalıdır (para. 122).

Hakları kötüye kullanma yasağına ilişkin 17'nci madde[10], bu başvuruya uygulandığı takdirde, başvurucunun 10'uncu madde altındaki haklarını kullanamayacağı (ifade hürriyetine dayanamayacağı) zira bu hakkı kötüye

10 AİHS'nin 17'nci maddesi şu şekildedir:
"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

kullanıyor olduğu söylenecektir. Büyük Daire, bu hükmün uygulanışının son derece istisnai olduğunu çünkü bu hükmün diğer maddelerdeki hakların uygulanmasını engelleyen bir nitelikte olduğunu belirtmiştir (para. 114). 17'inci madde altında belirleyici nokta, yani başvurucunun ifadelerinin nefret ve şiddeti kışkırtmak amacıyla ve bu fiillerin korunması için Sözleşme'ye dayanırken aslında Sözleşme altında korunan hakları yok etmek amacıyla hareket edip etmediğinin saptanması, bir başka konunun tespitiyle örtüşmektedir. Bu da başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesidir. Bu nedenle Mahkeme Madde 17'nin uygulanabilirliği ve Madde 10 altında başvurucunun şikâyetinin birlikte ele alınması gerektiğine karar vermiştir (para. 115).

2. Sözleşmenin 10'uncu Maddesine İlişkin Değerlendirme

AİHS'nin 10'uncu maddesi[11] ifade özgürlüğüne ilişkindir. Başvurucunun söz konusu ifadelerinden itibaren yargılanması, para cezası ve İsviçre-Ermenistan Derneği'ne tazminat ödemeye mahkum edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği konusunda Taraflar arasında bir ihtilaf yoktur. Ancak bu tür bir müdahale 10'uncu maddenin 2'nci fıkrası altında sınırlandırma kriterlerini karşılamıyor ise 10'uncu maddenin ihlali olarak telakki edilebilir. İşte Mahkemenin ayrıntılı değerlendirmeleri de, aşağıda açıklanacak olan bu noktaya odaklanmaktadır.

3. Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin 2'nci Fıkrası Altında Müdahalenin Değerlendirilmesi

Müdahalenin Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin 2'nci fıkrası altında haklı görülebilmesi için, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının sınırlanması şu koşulları sağlamalıdır:

- Yasa ile öngörülmeli

11 Madde şu şekildedir:
"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

- 2'nci fıkrada sayılan meşru amaçlardan bir veya birkaçını amaçlamalı
- Bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

Mahkeme bu konuları tek tek değerlendirmiştir (para. 124).

a. Müdahalenin hukukiliği

AİHM önceki kararlarında yasa ile öngörülme ifadesini açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, öngörülebilirlik önemli bir ölçüttür (The Sunday Times/BK, 26 Nisan 1979, para. 48-49). Bir normun hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için bir kişinin kendi davranışının sonuçlarını öngörebileceği yeterlikte bir kesinlikle formüle edilmesi gereklidir. Gerektiğinde bir hukukçunun tavsiyesinden yararlanmak suretiyle öngörülebilir olma makul bir öngörü anlamına gelip mutlak surette biliyor olmayı içermez (para. 131).

Sözleşme'nin 7'nci Maddesinin (kanunsuz ceza olmayacağı ilkesi) uygulanması yönünden ise bu koşulun karşılanması için, bir kişinin, bir hükmün lafzından ve gerekli ise mahkemelerin o hükmü yorumlayışının da dikkate alınması suretiyle kendisinin hangi fiil ve ihmallerinin kendisini cezai yönden sorumlu tutacağını öngörebiliyor olması gereklidir (para. 134). Tüm bu kriterlere göre bu davada da Mahkeme, soyut olarak İsviçre'deki söz konusu yasal düzenlemeyi değil, bu yasal düzenlemenin başvurucuya uygulanma şeklinin bir ihlal doğurup doğurmadığını incelemiştir (para. 136).[12]

Başvurucunun, savcılık makamıyla görüşmeleri sırasında tutanak altına alınmış ve Lozan Bölge Polis Mahkemesi ve Federal Mahkeme tarafından tespit edilmiş ifadelerine göre, başvurucu, İsviçre Ulusal Konseyinin 1915 ve sonrası olayları soykırım olarak nitelendirdiğini bilmekte ve bu yanlışın düzeltilmesine yardımcı olmak istemektedir (para. 138). Bu nedenle ve İsviçre Mahkemeleri'nin diğer olaylarda tutumu da değerlendirilmek suretiyle, Büyük Daire, başvurucunun söz konusu madde altında yargılanma ve mahkum olma olasılığını bildiği sonucuna varmıştır (para. 138). Bu nedenle, Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin yeteri kadar öngörülebilir olduğuna ve bu nedenle 10'uncu Maddenin 2'nci fıkrası anlamında "yasayla öngörüldüğüne" karar vermiştir.

12 Bu doğrultuda Büyük Daire, bu başvuruda soyut olarak İsviçre Ceza Yasasının 261 bis maddesinin 4'üncü fıkrasının, özellikle de "bir soykırım" ifadesinin sonuçlarının yeteri kadar öngörülebilir olup olmadığını değil, başvurucunun somut olayda bu cezai sorumluluğu öngörüp öngörmediğini veya bunu yapabilecek durumda olup olmadığını tespit etme yoluna gitmiştir. Bkz. PERİNÇEK, 2015, (para. 137).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Meşru amaç

İsviçre Hükümeti Sözleşmenin 10'uncu Maddesi 2'nci fıkrası altında iki meşru amaç güttüğünü bildirmiştir: (1) kamu düzeninin sağlanması (*the prevention of disorder*) ve (2) başkalarının (şöhret ve) haklarının korunması (*the protection of the … rights of others*).

Kamu düzeninin sağlanması konusundaki inceleme yönünden, Mahkeme Sözleşme ve Ek Protokollerde kamu düzeni/kamu yararı kavramlarının çeşitli maddelerde farklı kullanımları bulunduğunu tespit etmiştir (para. 146). Diğer yandan 10'uncu Maddenin 2'nci fıkrasında yer alan Fransızca ifadenin ("la défense de l'ordre") İngilizce metinde yer alan ifadeden ("the prevention of disorder") daha geniş bir anlam sunduğu da gözlemlenmektedir (para. 147).

Örf ve adet hukuku kurallarını yansıtan 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31'inci madde hükmünde yer alan yoruma ilişkin esaslar incelenmek suretiyle (para. 149), AİHS'nin Sözleşme'nin konu ve amacını gerçekleştirmeye en uygun şekilde bir uzlaştırmayla yorumlanması gerektiği sonucuna varılmıştır (para. 150). Zira, bu terimlerin kullanıldığı bağlam (context) bireysel insan haklarının etkin korunması amacıyla yapılmış bir Sözleşmedir, bu nedenle örneğin Madde 10/2 hükmü gibi Sözleşme haklarına müdahaleye izin veren hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir ve genel bir kuralın istisnalarına geniş bir yorum sağlanamaz. Mahkeme, bu nedenle Madde 10/2 hükmünün Fransızca ve İngilizce metinlerdeki anlam farklılığını uzlaştıracak şekilde daha az kapsamlı bir anlam verilmesini benimsemiştir (para. 151).

Mahkemeye göre, önemli olan Madde 261bis'in Ceza Yasası sistematiğindeki yeri veya soyut anlamda korunmak istenen yarar değildir; asıl önemli olan başvurucunun fiillerinin somut olarak kamu düzenini bozmaya elverişli olup olmadığı veya bozup bozmadığı, örneğin, kamusal bir kargaşa/karışıklık/huzursuzluk ortaya çıkmış olması ve İsviçre makamlarının bu nedenle cezalandırmaya girişmesi gereklidir (para. 152). Ayrıca başvurucu söz konusu beyanlarda bulunduğu sırada, bu toplantıların kamuda bir kargaşaya yol açmaya müsait olduğuna dair veya İsviçre'deki Ermeni ve Türk toplulukları arasında herhangi bir çatışmaya yol açmaya müsait olduğuna dair bir kanıt da bulunmamaktadır (para. 153). Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin "düzensizliği engelleme" amacını taşıdığına ikna olmamıştır (para. 154).

Başkalarının … haklarının korunması (*the protection of the … rights of others*) şeklinde ortaya çıkan ikinci meşru amaç değerlendirmesine ilişkin olarak Mahkeme, 1915 ve sonrası olaylarda ölen ve kurtulan kişilerin kişi onurları ile onların halefleri olarak bugünkü Ermeniler, onların kimliğini de içerecek şekilde kişi onurları

açısından iki ayrı değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesindedir (para. 155). Mahkeme, başvurucunun ifadelerine – Ermenilerin soykırıma uğratıldığı iddiasını reddetmiştir – yapılan müdahalenin bugünkü Ermenilerin kimliğinin ve kişi onurunun korunmasını amaçladığını kabul etmektedir. Ancak aynı zamanda, başvurucunun, söz konusu olayların yasal nitelendirmesine karşı çıkmak suretiyle, mağdurlara dönük bir negatif etki yaptığını, onları kişi onurlarından yoksun bıraktığını veya onları küçülttüğünü söylemek zor olduğu görüşüne varmıştır. Başvurucu, soykırımın uluslararası bir yalan olduğunu söylerken bu olayların mağdurlarını veya onların haleflerini değil emperyalistler olarak saydığı bazı devlet ve örgütleri suçlamıştır. Diğer yandan ise İsviçre Mahkemelerindeki ifadelerinde, Ermenilerin emperyalist güçlerin enstrümanları olarak Türk ve Müslümanların kitlesel katillerinden sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenlerle Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin söz konusu kişilerin ve onların haleflerinin kişi onurlarını korumayı amaçladığı kanaatine varmıştır (para. 156). Yani bu müdahale başkalarının haklarını korumak için yapılmıştır ancak bu amaca ulaşmak için cezai bir yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir (para. 157).

c. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği

(1) Madde 10/2 hükmü altında müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekliliğine" ilişkin önceki içtihat ve bunların Perinçek/İsviçre davasına uygulanması

Mahkeme öncelikle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini değerlendirmeye imkan veren genel ilkeleri önceki içtihatlarına istinaden hatırlatmaktadır:[13]

Buna göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturmaktadır. 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasının hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğü sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan "bilgi" ya da "düşünceler" için değil ama ayrıca hoşa gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir: bunlar, "demokratik toplumun" onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. 10'uncu maddede açıklandığı

13 Stoll/İsviçre ([BD], no 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) kararında belirtilmiş ve Mouvement raëlien suisse/İsviçre ([BD], no 16354/06, § 48, CEDH 2012), Animal Defenders International/Birleşik Krallık ([BD], no 48876/08, § 100, 22 Nisan 2013) bkz. Türkçe tercüme . "AİHM Perinçek-İsviçre Davası Kararı Gayri Resmi Türkçe Çeviri", Ermeni Araştırmaları Dergisi, Ankara 2014, S. 48, s. 198-199.

gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerekmektedir ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerekmektedir.[14]

10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen anlamda "gerekli" sıfatı "zorlayıcı sosyal bir ihtiyaç" anlamına gelmektedir. Taraf Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir yetkisine sahiptirler, ancak Avrupa denetimi, bağımsız bir yargı organı tarafından verilen kararlar da dâhil olmak üzere, yasayı ve uygulanan kararları kapsayacak şekilde yapılmaktadır. Mahkeme bu sebeple, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.[15]

Mahkeme denetimini yaparken kendini yetkili ulusal yargı organlarının yerine koymamaktadır; Mahkeme'nin rolü, bu yargı organlarının kendi takdir yetkileri dahilinde vermiş oldukları kararların 10'uncu madde ile uyumlu olup olmadığını belirlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Taraf Devletin bu yetkisini iyiniyetli, özenli ve mantıklı bir şekilde kullanıp kullanmadığını incelemekle yetinmektedir: Mahkeme müdahalenin "meşru amaçlar ile orantılı" olup olmadığını ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için öne sürdükleri gerekçelerin "yerinde ve yeterli" olup olmadığını tespit etmek için davayı bir bütün olarak ele alarak incelemek zorundadır. Bunu yaparken Mahkeme'nin, ulusal otoritelerin 10'uncu madde kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve bununla birlikte, ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıkları konusunda ikna olması gereklidir (para. 196).

Ayrıca Mahkeme, verilecek takdir yetkisinin birçok faktöre bağlı olduğunu hatırlatmaktadır. Takdir yetkisi, söz konusu olan ifade şekline göre belirlenmektedir; bu konuda Sözleşme'nin 10'uncu maddenin 2'nci fıkrası, siyasi açıklamalar veya kamu yararı ile ilgili sorunların tartışılması konusunda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine fazla imkân vermemektedir (para. 197).

Burada Mahkemenin yaptığı değerlendirme, başvurucunun olayında, İsviçre Ceza Yasasının 261bis maddesinin 4'üncü fıkrasının uygulanmasının, AİHS'nin 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası anlamında demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesidir (para. 226).

14 Ibid., s.199.

15 Ibid., s.199.

Böyle bir gerekliliğin bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı, ceza hukuku önlemleri yoluyla diğerlerinin haklarının korunması için bir ihtiyacın bulunmasına dayanmaktadır. Mahkemenin hali hazırda kabul edilmiş içtihatlarına göre, etnik kimlik ve seleflerin itibarı, özel yaşam başlığı altında Madde 8'in uygulanmasını gerektirmektedir (para. 227). Bu nedenle Mahkeme önceki içtihatlarının ışığında Madde 10'da korunan ifade hürriyeti hakkı ile Madde 8 altında korunan özel yaşama saygı hakkını dengelemek zorundadır.[16]Bunu yaparken Mahkeme, başvurucunun beyanlarının niteliğine; hangi bağlamda bunlara müdahale edildiğine; bu beyanların Ermenilerin haklarını ne dereceye kadar etkilediğine; bu tür beyanlarla ilgili cezai önlemlere başvurma konusunda Yüksek Sözleşen Taraflar arasında mutabakat bulunup bulunmadığına; bu konuda uluslararası hukuk kuralları bulunup bulunmadığına; başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmak için İsviçre Mahkemelerinin izlediği yönteme; ve müdahalenin ağırlığına istinaden bir inceleme yapacaktır (para. 228).

(a) Başvurucunun beyanlarının niteliğinin değerlendirilmesi

Mahkemenin içtihat hukukuna göre kamunun ilgili olduğu konulardaki ifadeler kural olarak güçlü bir korumadan yararlanırken, şiddeti, nefreti, zenofobi veya hoşgörüsüzlüğün diğer bir türünü destekleyen veya haklı gösteren ifadeler korumadan yararlanamaz. Siyasi gösterilerde veya kitap, gazete, radyo veya televizyon programları gibi medya organlarında yapılan tarihi meselelere ilişkin beyanlar, kural olarak kamunun ilgili olduğu alanları oluşturur (para. 230).

Daire başvurucunun beyanlarının tarihi, hukuki ve siyasi bir nitelikte olduğu kanaatine varırken, İsviçre Hükümeti ve bazı üçüncü taraflar, başvurucunun, düzgün bir tarihsel tartışmanın açık fikirlilik özelliğine uygun olarak akademik ve nötr bir üslupla konuşmadığını ileri sürmüşlerdir. Büyük Daire ise başvurucunun her ne kadar kendi gibi düşünen kişilerin olduğu kamusal toplantılarda bir siyasetçi olarak bu beyanlarda bulunduğunu saptıyorsa dahi, bunun kamuyu ilgilendiren "sadece Türkiye'de değil uluslararası arenada da sıcak bir tartışma" olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda başvurucunun İsviçre'de kabul edilen ana akım siyasi kabulden

16 Sözleşme'nin 10'uncu Maddesi ile 8'inci Maddesinin dengelenmesi, s. 86.
(2) Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihadı
(a) Grup kimliği ve seleflerin itibarı, s. 87.
(b) Şiddete çağrı ve "nefret söylemi", s. 88.
(c) Holokostun inkarı ve diğer Nazi suçlarına ilişkin beyanlar, s. 90.
(d) Tarihsel tartışmalar, s. 92.
(e) 1915 ve sonrası olaylarla ilgili ifadelerden ötürü Türkiye'ye karşı açılmış davalar, s. 93.

ayrılmış olması veya kendini güçlü ifadelerle açıklamış olması[17], beyanların kamuyu ilgilendirme özelliğini ortadan kaldırmaz. Tartışmalı ve çoğu zaman sert olmak siyasi söylemin doğasında vardır. Bu, bu tür ifadelerin kamunun yararına olma özelliğini azaltmaz ancak tabii ki sınır aşılmamalı ve bu ifadeler şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe çağrıya dönüşmemelidir. Mahkeme ifadeleri bu yönüyle de incelemiştir (para. 231).

İsviçre mahkemeleri başvurucunun ırkçı bir saikle konuştuğu değerlendirmesi yapmışlardı. Büyük Daire ise konuşmaların çok hassas bir konuya ilişkin olduğunu bilmekle birlikte, konuşmaların nefret veya hoşgörüsüzlüğe yönlendirdiği sonucuna varmamıştır. Mahkeme, başvurucunun mağdurlara karşı küçümseme veya nefret açıklamadığını, hatta Türklerin ve Ermenilerin uzun zaman birlikte barış içinde yaşamalarına rağmen aynı emperyalist güçlerin kurbanı olduklarını ifade ettiğini belirtmektedir (para. 233).

İkinci olarak Mahkeme, bu ifadelerin yapıldığı daha geniş bağlam veya başvurucunun konumu gereği bu beyanların yine de Ermenilere karşı bir çeşit nefreti ve hoşgörüsüzlüğü kışkırtma teşkil edip etmediğini incelemiştir. Daha önce Komisyon ve Mahkeme önüne gelen başvurularda Holokosta ilişkin olarak bu tür bir tarihsel ve bağlamsal tespit yapılmıştır. Ancak Mahkeme, aynı tespitin bu olayda yapılmasının mümkün olmadığını düşünmektedir. Burada bağlam gereği, bu tür bir nefreti ve hoşgörüsüzlüğü kışkırtma otomatik olarak varsayılamamakta ve bu davada bu unsurların bulunduğuna dair yeterli bir kanıt da bulunmamaktadır (para. 234).

Başvurucunun ifadesinde Ermenileri bir grup olarak konu alması da kendiliğinden ırkçı bir gündemi olduğu anlamına gelmez, zira uluslararası hukukta soykırım teriminin tanımı gereği bir tarihi olayı bu doğrultuda sınıflandırmayı amaçlayan her ifade belli bir ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu konu alacaktır (para. 238).

Mahkeme böylece söz konusu ifadelerin Ermenilere karşı nefrete, şiddete veya hoşgörüsüzlüğe çağıran bir nitelikte olmadığına karar verirken İspanya Anayasa Mahkemesi'nin bir kararından da yararlanmıştır. Bu karara göre, soykırımı haklı gösterme çabası, belli bir olayın soykırım teşkil etmediği iddialarında değil, bu olay hakkında bir değer yargısı açıklayan, ağırlığını görecelendiren veya onu haklı gösteren beyanlarda bulunabilir (para. 240).

Bu açıklamalardan Mahkeme, başvurucunun ifadelerinin Madde 10 altında kamu yararını ilgilendirdiğinden yüksek bir koruma altında olduğuna ve İsviçre

17 Ancak kabul edilmelidir ki bu ifadeler ilgi çekmeyi amaçladığı için mübalağa içermektedir. Bkz. para. 239.

makamlarının müdahale için dar bir takdir marjı bulunduğuna karar vermiştir (para. 241).

(b) Müdahalenin çerçevesi

(i) Coğrafi ve tarihsel faktörler

Bir hakka müdahalenin değerlendirmesinde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç bulunup bulunmadığını anlamak için Mahkeme her zaman söz konusu Sözleşmeci Devletin kendi tarihsel bağlamı konusunda hassas olmuştur. Bu nedenle özellikle Avusturya, Almanya, Belçika ve Fransa söz konusu olduğunda soykırımın/holokostun inkarı, bağımsız bir tarih araştırması olarak sunulmaya çalışıldığında bile aslında sadece inkar değil, antidemokratik bir ideoloji ve anti-Semitizm olarak görülmüştür. Bu nedenle, Holokostun inkârı özellikle de Nazi felaketini tecrübe etmiş devletler açısından tehlike arz eder ve inkarı suç haline getirmek de dâhil olmak üzere, bu tür suçlarla aralarına bir mesafe koyma konusunda ahlaki bir sorumlulukları da bulunmaktadır (para. 243).

Bununla tezat şekilde Osmanlı İmparatorluğu'nda 1915 ve sonrası olayları ile İsviçre arasında bu tür bir doğrudan bağın varlığı ileri sürülmemiştir. Ayrıca başvurucunun bu beyanlarda bulunduğu sırada İsviçre'de Türkler ve Ermeniler arasında bir gerginlik ve çatışma çıkacağı yönünde bir atmosfer de bulunmamaktadır. İsviçre makamlarının başvurucuyu yargılamamış olmaları durumunda kendi adlarına başvurucunun görüşlerini meşrulaştırmış olacakları yönünde bir çıkarım da yapılamaz (para. 244).

Mahkeme daha geniş bir orantılılık değerlendirmesinin içinde "demokratik bir toplumda gerekli" değerlendirmesinin ulusal makamlarca alınan önlemler ile bu önlemlerle arzu edilen amaç arasında mantıksal bir bağın olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, Türkiye'deki Ermeni azınlığa yönelmiş bir düşmanlık varsa bile bunun başvurucunun ifadeleri sonucu gerçekleştiğini söylemek veya başvurucu cezalandırıldığı için bu azınlığın artık daha güvende olduğunu söylemek mümkün değildir (para. 246).

(ii) Zaman faktörü

Mahkeme, geçmiş içtihatlarına atıfla, trajik olayların üzerinden doksan yıl geçtikten sonra yapılan açıklamaların hala canlı hatıralarla ilgili olsa da zaman faktörünün tamamen göz ardı edilemeyeceğini bildirmektedir (para. 250).

(c) Başvurucunun beyanlarının Ermeni topluluğu mensuplarının haklarını etkileme derecesi

Mahkeme, 1915 ve sonrası olaylarının soykırım olarak nitelemesi konusunun ve buna ilişkin her tür beyanın Ermeni toplumu için çok hassas bir konu teşkil ettiğini anlamakla birlikte, başvurucunun söz konusu beyanlarının, bu trajik olaylarda ölen Ermenilerin onurlarını ve haleflerinin onur ve kimliklerini yaralayan boyutta; İsviçre'de bir cezai önlem gerektirecek düzeyde olduğunu kabul etmemiştir. Daha önce belirtildiği gibi, tüm konuşma bağlamından Ermenilerin bu kıyımı hakkettiği gibi bir anlam çıkmamakta ve başvurucu ifadelerinde emperyalistleri suçlamaktadır. Bu husus uzunca bir zamanın geçmiş olması ile de birleştirilince Mahkeme, başvurucunun ifadelerine yüklendiği kadar büyük bir üzücü etkinin bulunmadığı sonucuna varmaktadır (para. 252).

Bunun dışında Mahkeme, başvurucunun söylemlerinin sadece üç kamuya açık toplantının boyutlarıyla sınırlı kalmış olmasını da dikkate almış ve sınırlı bir etkisi olduğu sonucuna varmıştır[18] (para. 254).

(d) Sözleşme'ye Taraf Devletler arasında görüş birliğinin bulunmaması

Mahkeme, çeşitli üye devletlerin bu tür ifadelerin suç haline getirilmesinde farklı yaklaşımları bulunduğunu ve bu farklı yaklaşımlardan kendi kararını etkileyecek bir kanaate ulaşmadığını bildirmektedir (para. 255-257).

(e) Müdahalenin İsviçre'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı değerlendirmesi

Bazı üçüncü taraflar, İsviçre tarafından bir soykırımın inkarının suç haline getirilmesinin İsviçre'nin uluslararası hukuk altında üstlendiği yükümlülüklerinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir (para. 258). Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 4'üncü maddesiyle ilgili ileri sürüldüğü gibi, bu maddenin lafzı, soykırımın inkarının suç haline getirilmesini gerektirmemektedir. Bu madde, "Taraf Devletler, bir renk veya etnik kökenden olan bir ırkın veya bir kişi grubunun üstünlüğüne dayanan, veya herhangi bir biçimde ırk düşmanlığını veya ayrımcılığını meşru göstermeye teşebbüs eden fikirlere veya teorilere dayanan bütün propagandaları ve örgütleri yasaklar ve mahkum eder" demektedir. İsviçre bu Sözleşme'ye katılırken Sözleşme'nin 5'inci maddesinde de anılan haklara

18 Bkz. PERİNÇEK, 2015 (Daha önceki Feret Kararında ise bir seçim kampanyası sırasında ülke çapında dağıtılan broşürlerin nüfusun bir bölümünü yaralayan ifadeler içermesini bu anlamda çok önemli bulmuştur).

özellikle özen gösterileceğini belirtmiştir. Bu haklar arasında fikir ve ifade özgürlüğü hakkı da sayılmaktadır. Sözleşme'nin denetim organı olan BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi de "ırksal şiddet veya nefrete kışkırtmayı açıkça teşkil ettiği takdirde, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçların kamu önünde inkarı veya haklı gösterme çabalarının … yasayla cezalandırılabilir suçlar olarak düzenlenmesi gerekir" demektedir. Komite aynı zamanda, "tarihsel olgular hakkında fikirlerin açıklanmasının yasaklanmaması veya cezalandırılmaması" gerektiğini de bildirmektedir (para. 261).

Bu tür bir suç haline getirmeyi açıkça öngören tek hüküm, Siber suç Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 6'ncı maddesi 1'inci fıkrasında yer almaktadır. İsviçre bu Protokolü imzalamış fakat henüz onaylamamıştır (para. 263).

1948 Soykırım Sözleşmesi'nin III (c) Maddesi Devletlerin, "soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak" fiilini bir suç haline getirmesini gerektirmektedir. Ancak Ruanda Ceza Mahkemesi'nin de belirttiği gibi aradaki fark her zaman çok sıkı olmasa da yine de soykırıma doğrudan kışkırtma ile "nefret söylemi" arasında belirgin bir farklılık vardır. Her durumda başvurucunun ifadelerinin nefrete veya ayrımcılığa kışkırtma teşkil etmediği anlaşıldığından, İsviçre'nin de bu tür bir fiili bu hükümler altında suç haline getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (para. 264).

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin izleme organı BM İnsan Hakları Komitesi 2011 yılında özetle şu görüşleri açıklamıştır: "Tarihsel olgular hakkında düşünce açıklamalarını cezalandıran yasalar, Sözleşme'nin Taraf Devletlere fikir ve ifade özgürlüğüne saygıya ilişkin olarak yüklediği yükümlülüklerle uyumlu değildir"; Sözleşme "geçmiş olayların hatalı şekilde ifadesini veya yanlış bir yorumunu genel olarak yasaklamaya izin vermez" … (para. 265).

Ayrıca, devletlerin tekdüze olmayan uygulamaları dolayısıyla, İsviçre'nin bu tür bir ifadeyi suç haline getirme yönünde örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü de bulunduğu söylenemez. Siber suç Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 6/1 Maddesi sadece, "bir bilgisayar sistemi yoluyla" işlenen ve "yetkili bir uluslararası mahkemenin kesin ve bağlayıcı kararıyla bu şekilde tanınan" bir soykırımla ilgili olarak soykırım inkarının suç olarak düzenlenmesine ilişkindir. Protokolün açıklayıcı raporu ise ilgili hukuki düzenlemelerle 1945'ten sonra kurulan diğer uluslararası mahkemelerin, örneğin ICTY, ICTR ve ICC, kastedildiğini bildirmektedir. Ayrıca Madde 6'nın ilk fıkrasına çekince konulması da mümkündür ve Protokole halen sınırlı sayıda Avrupa Konseyi üyesi taraftır ve taraflardan üçü de ilgili maddeye çekince koymuşlardır. Bu koşullarda bu maddenin bir örf ve adet hukuku kuralı haline gelerek genel bir yükümlülük doğurduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Aynı

tespitler Avrupa Birliği Çerçeve Kararı 2008/913/JHA için de geçerlidir zira birçok Avrupa Birliği üyesi devlet tarafından uygulanmamaktadır (para. 266).

(f) Başvurucunun mahkumiyetini haklı kılmak için İsviçre Mahkemelerince uygulanan yöntem

Mahkeme İsviçre Ceza Yasasının 261bis 4'üncü fıkrası altında İsviçre Mahkemelerinin 1915 ve sonrası olaylarının ne şekilde "bir soykırım" teşkil ettiği sonucuna vardığını ayrıntılı olarak incelememektedir zira bu İsviçre hukukunun yorumu ve uygulamasına ilişkindir (para. 269). Ancak bu uygulamanın, başvurucunun Sözleşme altında korunan hakkına tesiri ölçüsünde Mahkeme inceleme yetkisine sahiptir (para. 270).

Lozan Bölge Polis Mahkemesi anılan olayları "bir soykırım" olarak nitelendirirken İsviçre hukuku kurallarına, örneğin Ceza Yasası Madde 264'e, veya Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesine ya da Roma Statüsüne atıf yapmamaktadır. Daha çok İsviçre, yabancı ve uluslararası organlarca resmi tanıma eylemleri, uzman raporları ve hukuk kitapları esas alınmıştır. Vaud Kanton Mahkemesi ise, soykırımı tanımlayan yasal hükümleri saymış ancak İsviçre Parlamentosu'nun bu konudaki görüşünü belirleyici kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise bu görüştense Lozan Bölge Polis Mahkemesi'nin yaklaşımını benimseyerek fiillerin İsviçre Ceza Yasasının 264'üncü maddesi altında soykırım olarak sınıflandırılmasının yerindeliği sorununun burada konuyla ilgisiz olduğunu bildirmiştir. Bu nedenle başvurucunun, 1915 ve sonrası olaylarının ceza yasasında yazılı hukuki tasnifine karşı çıktığı için mi yoksa bu konuda İsviçre toplumunda ağırlıklı görüşle çeliştiği için mi cezalandırıldığı belirsiz kalmıştır. Bu son durumda, başvurucunun mahkumiyetinin, demokratik bir toplumda, devlet otoriteleri veya nüfusun herhangi bir kesiminden ayrılan görüşleri açıklama imkanına zarar verdiği kabul edilmek zorundadır (para. 271).

(g) Müdahalenin ağırlığı

Mahkemeye göre, başvurucunun cezasının ağırlığından daha önemli olan husus cezai yönden hüküm giymiş olmasıdır. Cezai müeyyide ifade özgürlüğü hakkına en ciddi müdahale türüdür (para. 273).

(h) Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının Ermenilerin özel yaşama saygı hakkıyla dengelenmesi

Mahkeme yukarıda tüm incelenen faktörleri dikkate alarak İsviçre makamlarının, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkı ile Ermenilerin kişi onurlarının korunması hakkı arasında bir denge kurup kurmadığını değerlendirmiştir (para. 274).

İfade özgürlüğünün cezai bir hükümle sınırlandırıldığı bir olayda, normalde, müdahalenin gerekçesi olarak sadece müdahale konusunun belli bir kategori içinde yer alması veya genel olarak formüle edilmiş bir hukuk kuralına yakalanması yeterli değildir; gerçekten gereken şey, müdahalenin spesifik koşullar içinde gerekli olmasıdır (para. 275).

İsviçre ulusal mahkemelerinin, başvurucunun yargılama süreci boyunca, özellikle de demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmesine hiç girişmediği gözlenmektedir (para. 278). Böylece bu dengeleyici faaliyeti AİHM yapmaktadır (para. 279).

Yukarıda incelenen tüm unsurlar dikkate alındığında, - başvurucunun beyanları kamuyu ilgilendiren bir konudadır ve nefrete ve hoşgörüsüzlüğe çağrı teşkil etmemektedir; bu açıklamaların yapıldığı bağlam İsviçre'de yükselen gerginlikler veya özel tarihsel izlerle göze çarpmamaktadır; beyanlar, İsviçre'de cezai yargılamayı gerektirecek ölçüde Ermeni topluluğunun mensuplarının onurlarını etkilememektedir; İsviçre'nin uluslararası hukuk altında bu tür bir cezai yargılama yükümlülüğü bulunmamaktadır; İsviçre Mahkemeleri başvurucuyu, İsviçre'de kabul edilmiş olanlardan farklı bir görüş ifade ettiği için cezalandırmış görünmektedir; ve müdahale bir ceza hükmü ile ciddi bir şekil almıştır – Mahkeme, bu olayda, Ermeni topluluğunun haklarının korunması için başvurucunun cezai yaptırıma uğratılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır (para. 280) ve nedenle Sözleşme'nin 10'uncu Maddesinin ihlalini tespit etmiştir (para. 281).[19]

C. Davanın Sonucu

Tüm incelenen hususlar dikkate alındığında AİHM'nin ulaştığı sonuçlar şöyle özetlenebilir:

- Başvurucunun beyanları kamuyu ilgilendiren bir konudadır ve nefrete ve hoşgörüsüzlüğe çağrı teşkil etmemektedir.
- Bu açıklamaların yapıldığı bağlam İsviçre'de yükselen gerginlikler veya özel tarihsel izlerle göze çarpmamaktadır.
- Beyanlar, İsviçre'de cezai yargılamayı gerektirecek ölçüde Ermeni topluluğunun mensuplarının onurlarını etkilememektedir.
- İsviçre'nin uluslararası hukuk altında bu tür bir cezai yargılama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

19 Böylece 17'inci Maddenin uygulanmasına yer bulunmamaktadır bkz. Ibid., (para. 282).

- İsviçre Mahkemeleri başvurucuyu, İsviçre'de kabul edilmiş olanlardan farklı bir görüş ifade ettiği için cezalandırmış görünmektedir.
- Müdahale bir ceza hükmü ile ciddi bir şekil almıştır.

II. AİHM'nin Konuyla İlgili Diğer Kararlarının İncelenmesi

AİHM birçok kararında nefret söylemi içeren ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin ulusal yasalar çerçevesindeki tedbirlerin AİHS altında orantılı olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre bir beyanın nefret söylemi olarak nitelendirilmesi için mutlaka şiddete çağrı içeren veya diğer suçların işlenmesine açıkça teşvik eden bir ifade olması gerekmemektedir.[20] Böylece, toplumun belli gruplarına yönelen ve aşağılayıcı, alay konusu haline getiren veya hakaret içeren ifadelerin kamu makamlarınca ırk ayrımcılığına ilişkin ifadeler olarak değerlendirilerek bunlarla mücadele edilmesi ifade özgürlüğünün bu şekilde sorumsuzca kullanılması karşısında gerekli görülebilir.[21]Nitekim nefret söylemi içeren ve ifade özgürlüğünü ileri süren başvurular, hemen her zaman, AİHM tarafından Sözleşme'nin 17'nci maddesi altında kabul edilemez bulunmaktadır.[22]

Nefret ifadeleriyle mücadele amacıyla çıkarılmış bazı yasal düzenlemeler özellikle inkar olgusunu hedef almaktadır.[23]Bunun en bilinen örneği birçok devletin yasalarında Avrupa Yahudilerine Nazi rejimince yöneltilen soykırımın varlığını veya boyutlarını sorgulayan veya inkar eden ifadelerin engellenmesine dönük düzenlemelerdir. Almanya'ya karşı bir başvuruda Holokostun varlığını inkar eden broşürlerin, başvurucunun bahçe duvarındaki ilan panosuna asılmak suretiyle kamuya açık hale getirilmesinin Alman mahkemelerince yasaklanması, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri üzerine kurulu demokratik bir toplumda gerekli bulunmuştur, zira söz konusu broşürler bu ilkeleri göz ardı etmektedir.[24] Komisyona göre, bu ilkelerin korunması özellikle tarihsel olarak ayrımcılıktan zarar görmüş gruplar açısından öngörülmüş olabilir, nitekim olayda, Almanya'da mevzuat özellikle Holokost inkarına ilişkindir. Buna göre, "hakarete karşı topluca korumanın

20 CASE OF VEJDELAND AND OTHERS v. SWEDEN, (Application no. 1813/07), 9 February 2012, para. 55.

21 Davaya konu olay başvurucuların İsveç'te bir orta öğretim kurumunda öğrencilerin dolaplarına eşcinsellere ilişkin karalama içeren ifadelerin yer aldığı broşürleri dağıtmaları sonucu, haklarında İsveç Mahkemelerince gerçekleştirilen ceza yargılamasında hafif cezalara hükmedilmiştir. AİHM, bu davada cinsel yönelimle ilgili ayrımcılığın en az ırk, soy veya renk ayrımcılığı kadar ciddi olduğu kanaatine varmıştır. Bkz. Ibid.

22 William Schabas, The European Convention on Human Rights , Oxford University Press, 2016, s. 479.

23 Ibid.

24 Ibid., Bkz. X. v. Federal Republic of Germany, no. 9235/81, Commission decision of 16 July 1982.

Yahudileri de içermek üzere belirli bazı gruplara sağlanmış olması olgusu objektif değerlendirmelere dayanmaktadır ve Sözleşme'nin 14'üncü maddesine aykırı bir ayrımcılık unsuru içermemektedir."[25]

Ayrıca AİHM, sınırlamaya konu olan ifadelerin gerçekleştiği tarihsel ve sosyal bağlamın da nazarı itibara alınması gerektiği görüşündedir. Almanya'ya karşı PETA Derneği tarafından açılan davada PETA'nın hayvanların bulundurulduğu ve kesim suretiyle öldürüldüğü kötü koşulların, Yahudilerin toplama kamplarındaki görselleriyle karşılaştırılarak vurgulanmaya çalışıldığı afişlerinin Alman Mahkemelerince tedbir uygulanmak suretiyle durdurulması şikayet konusu olmuştur.[26] AİHM, bu davada, Holokosta yapılan atfın Almanya'daki geçmişin spesifik bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ve Alman Hükümetinin kendisini Almanya'da yaşayan Yahudilere karşı özel bir yükümlülük altında görmesinin anlaşılır olduğu sonucuna varmıştır.[27]

Böylece, Holokost ve diğer Nazi suçlarının inkarı niteliğindeki beyanların AİHS'de korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik geçmiş başvuruların daima kabul edilemez bulunduğu görülebilir.[28] Yine, Pierre Marais isimli başvurucunun Fransa'da yayımlanan bir dergide Struthof toplama kampındaki gaz odasının fiilen çalışmasının bilimsel yönden mümkün olmadığını ileri süren yazısı ceza yargılamasına konu olmuş ve Paris Ceza Mahkemesi kendisini 10.000 Fransız Frankı para cezası ile davaya müdahil olarak katılan sivil toplum örgütlerinin masraflarını ödemeye mahkum etmiştir. Komisyon 24 Haziran 1996 tarihinde verdiği kabul edilemezlik kararında, Sözleşmenin 17'nci maddesini de değerlendirmek suretiyle başvurucunun bilimsel araştırma görüntüsü altında gaz odalarının varlığını ve bunların soykırım amacıyla kullanıldığı olgularını inkar etme amacı taşıdığı tespitinde bulunmuştur. Böylece Komisyon, başvurucunun fiilinin Sözleşmenin 10'uncu maddesinin 2'nci paragrafı altında korunduğu kabul edilecek olursa bunun Sözleşmenin lafzı ve ruhuyla bağdaşmaz bir şekilde Sözleşmedeki hakları tahrip edecek bir sonuca yol açacağından başvurucunun Fransız Mahkemelerince mahkum edilmesini 10'uncu maddenin 2'nci paragrafı altında demokratik bir toplumda gerekli bulmuştur. Ayrıca, başvurucu Fransız Ceza Mahkemesinin, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin 1 Ekim 1946 tarihli hükmüne de dayanmasından şikayetçi olmuştur ve kendisinin bu hükme erişimi bulunmadığını ileri sürmüştür. Komisyon bu şikayete ilişkin olarak da ulusal mahkemenin, Nüremberg Mahkemesi hükmü

25 X. v. Federal Republic of Germany, no. 9235/81, Commission decision of 16 July 1982, s. 198.

26 PETA Deutschland v. Germany, no. 43481/09, 8 November 2012.

27 Ibid., para. 49.

28 Perinçek 2015 para. 209.

bulgularıyla çatışan delilleri değerlendirmeyi reddetmesinin Sözleşmenin 6'ncı maddesi altında bir ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır zira gerçekleri çarpıtan bu iddialar genel olarak bilinen tarihsel olgularla çelişmektedir.[29]Yine, Mahkeme'nin Perinçek kararından çok kısa bir zaman sonra açıkladığı M'Bala M'Bala/Fransa kararında, başvuranın, mizahi nitelikte bir gösteri sırasında kullandığı ifadelerin antisemitist nitelikte olduğu ve tarihi gerçekliği kabul edilen bazı olguları sanatsal bir kılıf altında inkâr etmeye çalıştığı gerekçeleriyle başvurusu 17'nci madde gereğince kabul edilemez bulunmuştur.[30] İnkarcılıkla ilgili tedbirler aslında azınlıkların ırkçılığa karşı korunmasıyla ilişkilidir.

İsviçre yasalarının çok daha genel bir şekilde soykırımın inkarını suç haline getirdiği Perinçek davasında ise, AİHM, 1915 Ermeni soykırımı iddialarına karşı çıkan ifadelerin ceza yargısına konu edilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Zira ceza yargılamasına konu olan ifadelerde Ermenilere karşı nefreti körükleme amacı söz konusu değildir.[31] Hatta Mahkeme, Perinçek'in Ermenilere karşı gerçekleştirilen katliam ve yerinden edilme gibi fiillerin de varlığını kabul etmesini fakat bunların hukuki nitelendirmesinin soykırım olmadığını ifade etmesini bu açıdan önemli bulmuştur.[32]

AİHM ayrıca, tarihsel gerçekleri araştırmanın ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu düşünmektedir. Bir Azerbaycan vatandaşının Hocalı katliamlarına Ermeni birliklerinden ziyade birbiriyle siyasi mücadele içindeki Azerbaycan güçlerinin yol açmış olabileceğine ilişkin ifadelerinin Azerbaycan mahkemelerince hukuki ve cezai yaptırıma tabi tutulmasını da bu nedenle, oybirliğiyle, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.[33] Kararda, Hocalı olaylarına ilişkin çeşitli konuların tarihçiler arasında halen devam eden bir tartışma oluşturduğu ve bunun da modern Azerbaycan toplumunun genel yararını ilgilendirdiği belirtilmiştir. Bu bağlamda demokratik bir toplumda savaş suçları veya insanlığa karşı suçları oluşturabilecek belli bir ağırlıktaki fiillerin sebeplerine ilişkin tartışmalar serbestçe yapılabilmelidir.[34] Görülmektedir ki en başta Holokost olmak üzere "tespit edilmiş tarihsel olgular" bu genel kuralın istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bu nedenlerle, Fransa'da yayımlanan bir kitabı nedeniyle ceza yargılamasında mahkum edilen bir başvurucunun başvurusu AİHM

29 Pierre Marais/Fransa, Komisyon kabul edilemezlik kararı, 24 Haziran 1996, 31159/96.

30 Deniz Akçay,"AİHM'İn Perinçek Kararı: "Soykırım İnkârı"/İfade Özgürlüğü İkileminin Aşılabilirliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, C.29, S.127, s. 404.

31 Schabas, s. 480; Perinçek v. Switzerland, no. 27510/08, 17 December 2013, para. 52.

32 Ibid., para. 51.

33 Fatullayev v. Azerbaijan, no. 40984/07, 22 April 2010.

34 Ibid. para. 87.

tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Söz konusu kitap Nazi rejiminin Yahudileri uğrattığı zalimane muamele, Holokost ve Nüremberg yargılamaları gibi İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin bir dizi tarihsel olayın ayrıntılı bir incelemesini içermektedir. Bu kitapta başvurucu bazı alıntılara ve kaynaklara atıf yapmak suretiyle, tarihçiler arasında tartışma konusu olmayan, aksine kesin bir şekilde tespit edilmiş olan tarihsel olayların gerçekliğini, boyutunu ve ciddiyetini sorgulamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Holokost gibi kesin olarak saptanmış tarihsel gerçekleri inkar etmenin, gerçeğin aranmasını amaçlayan bir tarihsel araştırma olarak kabul edilemeyeceğini bildirmiştir. Nitekim, bu tür bir yaklaşımın gerçek amacı genellikle, Nasyonel-Sosyalist rejimin iyi gösterilmesi ve mağdurların tarihi çarpıtmakla suçlanması olarak ortaya çıkmaktadır.[35]

Son olarak, AİHM'nin bu gibi davalarda, zaman unsuruyla ilgili olarak kararlarına yansıyan bir değerlendirmesi de bulunmaktadır. Büyük Daire, zamanın geçmesiyle birlikte mağdur grupların kızgınlığı ve öfkesinin ve kendi durumlarına özel bir anlayış gösterilmesi ihtiyacının aynı düzeyde devam etmeyebileceğini de göz önünde bulundurmuştur.[36] Gerçekten, travmatik tarihsel olaylar hakkında tepki çeken açıklamalar her zaman geçmiş acıları hatırlatma olasılığı taşısa da kırk yıllık bir sürenin geçmiş olması, bu tür bir olaya on veya yirmi yıllık bir olayın gerektirdiği şiddette karşılık verilmesini uygunsuz kılmaktadır.[37]

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

35 Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, 24/06/2003.

36 Perinçek 2015, para. 250.

37 Lehideux and Isorni v. France, 23 September 1998, para. 55.